



SENTENCIA N° 1396/2022
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE MÁLAGA

R. APELACIÓN N° 680/2021

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES/A:

PRESIDENTE

D. FERNANDO DE LA TORRE DEZA

MAGISTRADOA/O

D^a MARÍA ROSARIO CARDENAL GÓMEZ

D. SANTIAGO MACHO MACHO

Sección Funcional 2^a

En la ciudad de Málaga, a 27 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el presente el recurso de apelación núm. 680/2021, interpuesto por la Procuradora Sra. Bejarano López, en nombre de

[REDACTED] defendidos por el Letrado Sr. Pérez-Bryan Gómez, contra la sentencia n° 494/2020, de 16 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° SIETE de MÁLAGA, al PO 439/2018, compareciendo como parte apelada el AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, representado por el Procurador Sr. Páez Gómez y asistido por Letrada de su Asesoría Jurídica, y la CIA SEGUROS ZURICH INSURANCE PLC, representada por la Procuradora Sra. Mayor Morente y asistido por el Letrado Sr. Fernández Donaire.

Ha sido Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. Santiago Macho Macho, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° SIETE de Málaga dictó sentencia en el encabezamiento reseñada que desestima el recurso interpuesto por la parte ahora apelante.



SEGUNDO.- Contra la referida sentencia es interpuesto y sustanciado recurso de apelación en escrito presentado el 15/12/2020 con base a los motivos que expone, pidiendo (se entiende) que se estime el recurso con revocación de la sentencia de instancia y estimación del recurso contencioso-administrativo.

TERCERO.- El Ayuntamiento apelado presenta escrito 26/01/21 exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir Sentencia dictada en el presente procedimiento y, por tanto, el acto administrativo impugnado por la parte actora.

La aseguradora apelada presenta escrito el 7/01/21 exponiendo cuanto tiene por oportuno para pedir Sentencia por la que se inadmita el recurso interpuesto o, subsidiariamente, desestimando íntegramente el recurso interpuesto de contrario con la consiguiente imposición de costas a la contraria-recurrente en ambos supuestos.

CUARTO.- Elevados los autos y el expediente administrativo, en unión de los escritos presentados, a esta Sala de lo Contencioso-Administrativo y personadas las partes en legal forma denegado el recibimiento a prueba instado por la parte apelante en auto de 19/010/21, no interesada vista o conclusiones, se señaló para votación y fallo, acto que tuvo lugar hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SIETE de Málaga dictó la sentencia 494/2020, de 16 de noviembre, al PO 439/2018, que falla desestimar el recurso interpuesto por los ahora apelantes frente a la resolución de la Alcaldía del Ayuntamiento de Málaga dictada el 22 de junio de 2017 en el expediente 38/2016, que desestimó la reclamación por daños patrimoniales por lucro cesante presentada el 12 de febrero del 2016, con imposición de las costas causadas en el presente recurso a la parte recurrente con el límite de 3.000 euros.

SEGUNDO.-Frente a dicha sentencia la parte apelante alega, en síntesis:

- Total disconformidad con los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la sentencia no 494/2020.

Se menciona en el fundamento de derecho TERCERO, que por esta representación *“ninguna prueba se ha practicado que permita tener acreditada la existencia de ese nexo causal entre el daño y una actuación normal o anormal de la administración. En primer lugar porque ni siquiera el propio recurrente es capaz de determinar de forma concreta cual ha sido esa actuación (normal o anormal), sino que simplemente se limita a afirmar la existencia de la responsabilidad patrimonial con fundamento en el retraso en la finalización de las obras, como si la causa de dicho retraso y la actuación de la administración ante la detección de vicios de la construcción careciera de toda relevancia”* y reitera *“y lo cierto es que la recurrente no aporta ningún principio de prueba objetivo que desvirtúe los informes técnicos que obran en el expediente*





administrativo y que establezca la causa imputable al funcionamiento normal o anormal de la administración que causó el daño reclamado, más allá, se reitera, del retraso en la finalización de las obras”

Obvia completamente o no tiene en consideración este Tribunal, que en nuestro Escrito de Demanda del 26 de diciembre de 2.018, de hecho y de manera reiterada, se aportan los argumentos y pruebas documentales que sustentan dicha prueba objetiva de la relación causal entre el daño patrimonial reclamado y una actuación normal o anormal de la administración municipal, se reitera en los hechos cuarto, quinto y séptimo y documentos 2, 3, 4 y 7, así como el fundamento de derecho material(1o responsabilidad del ayuntamiento de Málaga. 2o relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento anormal del ayuntamiento, art. 29.a) O.R.M.M. B-O-PA- No 39 del 26/02/2013.

Como mero recordatorio, transcribimos nuevamente el contenido literal de los hechos, documental y fundamentos de derecho del escrito de demanda, incorporado en autos, que ratifican lo anteriormente expuesto y contradicen lo dictado en Sentencia 494/2020 en su Fundamento Tercero, así:

4º.- El 4 de julio de 2.016, se remite Escrito de la Directora General del Área de Promoción Empresarial y del Empleo, confirmando que según los antecedentes que constan en el Servicio de mercados Municipales y Vía Pública, los Reclamantes eran los Titulares de los Puestos que tuvieron que paralizar su actividad durante la ejecución de las obras de reforma.

Igualmente se adjuntaba, informe suscrito por el Director de las Obras de Reforma del Mercado de La Merced, en el que expone:

1. Que finalizada la demolición de elementos constructivos, el día 4 de mayo de 2.015, se pudo constatar que la estructura existente de hormigón armado, presentaba defectos por corrosión superficial de las armaduras en pilares y vigas, produciendo rotura y desprendimiento del revestimiento de hormigón, existiendo ya en algunas vigas y pilares refuerzos estructurales metálicos de actuaciones y rehabilitaciones anteriores.

2. Que dicha patología provocó la paralización de las obras de reforma y acondicionamiento, por imposibilidad de ejecutar las unidades principales de obra.

3. Que una vez finalizada la demolición, también se pudo observar las deficiencias en la red de saneamiento del edificio, existiendo acometidas a la red general cegadas o cerradas previamente, arquetas de paso sin acabar en sus paredes de cierre produciendo que las aguas negras se viertan directamente al terreno sobre el que se asienta el edificio (vicios de construcción y de mantenimiento previos que afectan a la estabilidad, seguridad y salubridad, tanto del edificio, como de la actividad de venta de alimentos). Y deficiencias en el trazado y el suministro de servicios como la electricidad, el agua o las telecomunicaciones, que debían ser resueltas conforme a la norma y para asegurar el buen funcionamiento de las instalaciones.

4. Del 5 al 30 de mayo de 2.015 se procedió a realizar los estudios y cálculos necesarios para la reparación de las patologías, contemplando dicho estudio la necesidad de realizar los siguientes trabajos: - Limpieza de elementos estructurales y sus armaduras.

-Tratamiento mediante pasivado del acero.

- Incorporación de hormigón de alta resistencia para evitar la futura oxidación de las armaduras.



- Protección de los pilares de hormigón mediante angulares metálicos adosados a sus esquinas y empresillados para sujeción.

5. Dichos trabajos se realizaron del 8 de junio al 3 de julio del 2.015, retomándose los trabajos de obras de reforma y acondicionamiento, el 4 de julio de 2.015 (51 días hábiles de actividad comercial, excluyendo festivos y domingos, del 5 de mayo al 3 de julio del 2.015).

6. Lo que en relación a la duración máxima de las obras recogidas en el Pliego de Condiciones (6 meses) motivó que la fecha de puesta en marcha del Mercado de La Merced, se retrasara en 51 días, verificándose esta el 5 de noviembre del 2.015.

Y concluye: “ estimo justificado el retraso en la ejecución de las obras de reforma del Mercado de La Merced, por causas no imputables a la Concesionaria (Ezequiel Blanco.Astigarraga Gosis,SI), dado que ha sido como consecuencia de los vicios ocultos por defectos existentes con anterioridad a la ejecución del contrato de concesión.

5º.- Como confirmación de las conclusiones del Informe Técnico realizado por el Director de las Obras del Mercado Municipal de la Merced, al respecto de la existencia de Vicios y Defectos Estructurales Constructivos Previos al inicio de las obras de reforma y remodelación, en fecha de 19 de julio de 2.016, se recibe Oficio del Jefe de Servicio de Mercados Municipales y Vía Pública, adjuntando Informe Técnico sobre el motivo del Retraso de las obras, del 27 de julio de 2.016, cuyo texto literal expone:

1. Las obras de reforma del Mercado de la Merced, se iniciaron tras la firma del Acta de Comprobación del Replanteo del 16 de marzo de 2.015.

2. Durante la ejecución de las mismas, al descubrir los elementos constructivos se observó que existían unos defectos estructurales que podían afectar gravemente a la estabilidad estructural del edificio, lo que obligaba inexcusablemente a su reparación.

3. La citada reparación obligó a paralizar las obras, en tanto se realizaron los cálculos y se reforzó la estructura. Dicha patología suele tener un desarrollo lento con un empeoramiento progresivo y por tanto, se manifiesta a largo plazo.

4. La apertura al uso público del Mercado no se produjo hasta el 5 de noviembre de 2.015, por lo que en relación con el plazo previsto de ejecución de las mismas de 6 meses, el retraso fué de 50 días por dicha causa(en realidad desde la paralización el 4 de mayo de 2.015, hasta el 3 de julio de 2.015, fecha de finalización de los estudios, informe y ejecución de las obras de reparación-conservación-mantenimiento, 61 días naturales o 51 días hábiles perdidos de actividad comercial).

5. El retraso indicado, no se debió a defectos del proyecto redactado por el Concesionario, dado que, cuando se redactó el citado proyecto el mercado se encontraba ocupado y en uso, por lo que no se pudieron observar los defectos hasta que, previa demolición de los revestimientos, quedó la estructura original del edificio del mercado a la vista.

Por tanto de lo anterior se puede deducir lo siguiente:

• a) Se ha producido un retraso de las obras (de reforma y reacondicionamiento según el pliego de la concesión) hasta el inicio de la actividad del mercado de 51 días hábiles, sobre el plazo máximo previsto en el pliego de condiciones técnicas del contrato de concesión, documento2)

• b) La causa del retraso, obedece a la existencia de defectos estructurales ocultos bajo los revestimientos, que no fueron detectados hasta la demolición de estos durante el





desarrollo, y que su origen es anterior a las obras de reforma del mercado.

7º.- Con fecha 26 de marzo de 2.018, por parte del Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, se solicita Dictamen al Consejo Consultivo de Andalucía, en virtud del art. 81.2 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y el art.17.14 de la Ley 4/2005 de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía.

El 9 de abril de 2.018, emite el C.C.A.(Consejo Consultivo de Andalucía) emite resolución declarando: *“ declarar la inadmisión a trámite de la solicitud de Dictamen formulada por el Alcalde-Presidente de Málaga...por los motivos expuestos en el fundamento jurídico único de la misma...la cual en el párrafo 5o del Fundamento de la Resolución, dice lo siguiente:...atendiendo a la competencia material del Consejo, la solicitud planteada, no resulta admisible, al no encontrar acomodo en lo dispuesto en el art. 17.14 de la ley 4/2005, ya que la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, que individualmente solicita cada uno de los reclamantes, no supera el límite de 15.000€ fijado en el mismo”*.

Es a partir de dicho momento, en que el Consejo Consultivo de Andalucía, desestima la Solicitud de Dictamen formulada por el Ayuntamiento de Málaga, por considerar la no procedencia de reclamar su jurisdicción sobre el asunto, al quedar fuera de su competencia por ser individualmente la cuantía de la reclamación patrimonial inferior a 15.000€, cuando para eludir su responsabilidad, recurre al concepto de obras de mejora del art. 19 de la Ordenanza Municipal de Mercados (Ordenanza Reguladora de los Mercados Minoristas del Excmo. Ayuntamiento de Málaga) B.O.P. Málaga, No 39 del 26 de febrero de 2.013, para asimilarlas a las obras de reforma y rehabilitación destinadas a la explotación de la zona de uso comercial-hostelero, contratadas según concesión municipal, en expte. 12/14 (documentos 2, 3 y 4) sin relación alguna con las realizadas para reparación de los vicios y defectos constructivos ocultos por ausencia de mantenimiento y conservación, cuya reparación fueron el motivo del retraso de 51 días que se reclama, y cuya existencia, naturaleza y causas fueron reconocidas, por el mismo ayuntamiento, en el informe del jefe de servicio de mercados municipales y vía pública, el 28 de julio de 2.016.

Se acoge el Servicio de Gestión de Daños Patrimoniales, en el Fundamento Jurídico. Único de la Propuesta de Resolución del 30 de abril de 2.018 del Expediente 38/2016, en *Falta de acreditación de la relación de causalidad entre los daños sufridos y una actuación o funcionamiento (normal o anormal) de un servicio de la Administración Municipal*.

Sostiene su argumentación jurídica, en el art. 19.1 (Obras en los Mercados) de la Ordenanza Reguladora de los Mercados Minoristas del Excmo. Ayuntamiento de Málaga (B.O.P. de Málaga, No 39 del 26/02/2013) según el cual: *““ El Ayuntamiento podrá realizar aquellas obras de mejora, que considere oportunas en beneficio de la totalidad de los concesionarios, pudiendo suspender para ello el ejercicio de la actividad de algunas concesiones de manera temporal y nunca por más tiempo del que sea estrictamente necesario, sin que esa suspensión determine indemnización alguna a favor de los concesionarios afectados”*.





Pero al mismo tiempo, omite así mismo, lo establecido por el mismo art.19 de la Ordenanza Reguladora de los Mercados Municipales, en su punto 2º: *"...si la realización de las obras mencionadas, obligara a la eliminación de puestos o locales de negocio en beneficio del resto, se procederá por el Ayuntamiento a reubicar al adjudicatario afectado, con carácter prioritario, en el mismo Mercado o en cualquier otro de los existentes, o bien en el caso de que no sea posible dicha reubicación, a indemnizar en la cantidad que se considere ajustada al valor de la concesión"*.

Lo que entra en contradicción evidente, con el argumento esgrimido del art.19 de la Ordenanza, para desestimar la Reclamación de Daños Patrimoniales interpuesta, de que "... los concesionarios afectados (mis representados) tenían el deber jurídico de soportar las obras de reforma del Mercado, incluida la suspensión temporal de sus actividades, no pudiéndose amparar en el retraso en la finalización de las obras, para reclamar unos perjuicios económicos, sobre el plazo de ejecución de 6 meses pactado en el Pliego de Condiciones de la Concesión de las obras de reforma del Mercado de la Merced y Explotación de Zona Comercial proyectada en el mismo, Expte. No 12/14.

De hecho el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, a través de su Área de Comercio y Vía Pública, y en aplicación del art. 19.2o de la citada Ordenanza, dado que como reconoce en el primero de los antecedentes de hecho, "...el 13 de marzo de 2.015 se procedió al cierre del Mercado y a la paralización de la actividad comercial, iniciándose las obras el día 16 del mismo mes".

Se acordó con los Concesionario de los Puestos afectados por el cierre del Mercado, durante todo el período de ejecución de las obras, y dado que no se les reubicó en ningún otro Mercado Municipal, para que pudieran continuar con la actividad que venían realizando en el de La Merced, se les indemnizase, durante todo el tiempo de duración de estas, en aplicación del art.19.2o.

Por tanto no es cierto, que no tuviesen derecho a indemnización alguna durante las obras, el ayuntamiento les reconoció tal derecho en compensación por el cierre del mercado, desde el comienzo de las obras, al no ser reubicados en otros puestos de otros mercados municipales, donde pudiesen continuar con su actividad.

Adjuntamos como prueba de lo anteriormente manifestado:

- Copia del Compromiso de pago de 6 meses de indemnización, 3 meses por el ayuntamiento y 3 meses por la concesionaria de la zona comercial, con un 1o pago el 22 de octubre de 2.015 y el 2o pago final de noviembre de 2.015, manuscrito firmado en fecha 29 de octubre de 2.015; por la Concejala y Directora de los Servicio de Mercados Municipales y Vía Pública del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, [REDACTED] junto con copia de las Cartas dirigidas a la anterior del 11 de marzo, 30 de marzo y 6 de abril de 2.016, reclamando los retrasos en los pagos, junto con los 51 de retrasos por las obras de gran reparación-conservación- mantenimiento, aclarando los pagos ya efectuados por la Concesionaria y los días de retraso pactados y no cumplidos por el Ayuntamiento, como DOCUMENTO 7.

Es más y abundando en lo manifestado y que sigue contradiciendo los argumentos de la fundamentación jurídica, a la que se acoge el Servicio de Gestión de Reclamaciones Patrimoniales, para desestimar nuestra reclamación, fundada en el retraso producido por la realización de obras de reparación- conservación-mantenimiento, que ocasionaron el





retraso en la ejecución de las obras de reforma pactadas con la concesionaria, al faltar el carácter antijurídico del daño alegado, aduciendo que según la ordenanza estaban obligados a soportar por tratarse de obras de mejora.

Igualmente para terminar de aclarar la diferenciación entre obras de reforma y obras de mejora y obras de gran reparación- conservación-mantenimiento, el mismo pliego de condiciones técnicas del contrato de concesión (documento 3), en su cláusula 2. régimen jurídico, establece el "...carácter administrativo del contrato. Las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este Pliego y en el correspondiente Proyecto...y en lo no previsto en ellos, el contrato se regirá por lo establecido en R.D.L. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (reformado por la Ley 9/2017 del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento español, las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2.014).

Además, enumera y especifica pormenorizadamente, en el Pliego de Condiciones Técnicas: Capítulo II. Construcción de las Obras. Cláusula 12. Obras e Instalaciones en que consisten las obras de reforma del Mercado de la Merced : " *Las obras e instalaciones que el Concesionario deberá realizar en el Mercado de La Merced son las siguientes:*

- 1. Reordenar los espacios interiores.*
- 2. Reformar y acondicionar la zona de mercado (zona comercial concedida en explotación), que quede libre después de dicha reordenación espacial.*
- 3. Reagrupar los Puestos del Mercado, para evitar la imagen de desintegración que presenta en la actualidad.*
- 4. Reciclar el excedente de superficie resultante de dicho reagrupamiento, incrementando la ocupación de la mediana superficie comercial anexa al Mercado.*
- 5. La comunicación entre los nuevos espacios comerciales resultantes, será directa, sin elementos separatorios...favoreciendo el flujo de personas entre ellos...con elementos fácilmente desmontables, y no empleando en ningún caso elementos de obra. Se mantendrán los accesos exteriores actuales, con posibilidad de incrementarlos, por exigencia normativa o necesidades de la actividad comercial.*
- 6. Acometer una serie de reformas en las zonas comunes del nuevo Mercado resultante, que mejoren su aspecto funcional y estético, así como en la Nueva Zona Comercial creada.*

Y en la Cláusula 13. Sistema Constructivo. Pag. 10. Pliego de Condiciones Técnicas.

Define exactamente en que consistirán las obras de mejora : " *se aportará junto con el proyecto, una propuesta de tratamiento/modificación de las fachadas del edificio completo donde se ubica el mercado, para darle una nueva imagen acorde con los usos existentes, cuantificada económicamente. estas mejoras se incorporarán en documento anexo, denominado mejoras a los documentos bases de licitación*".

Por tanto, en ningún momento, al que dar perfectamente definidas tanto la obras de reforma como las de mejora, en el pliego de condiciones técnicas contratados en la concesión de dichas obras como de la explotación de la zona comercial resultante de estas, pueden las obras realizadas con motivo de la aparición de vicios y defectos





constructivos y de mantenimiento/conservación, aparecidos durante la ejecución de las obras de reforma y mejora contratadas, como “vicios ocultos” por defectos existentes con anterioridad, no imputables al concesionario, según el informe técnico sobre el retraso de las obras en el mercado de la merced, del jefe de servicio de mercados municipales y vía pública del 27 de julio del 2.016, “... *defectos estructurales que podían afectar gravemente a la estabilidad del edificio, lo que obligaba inexcusablemente a su reparación*”, no pueden ser considerados como obras de mejora, que según el art. 19 de la Ordenanza Municipal de Mercados Minoristas, están los concesionarios obligados jurídicamente a soportar, sin que ello determine indemnización alguna, ni en el supuesto de retraso en su ejecución; no es por tanto aplicable a los hechos y daños reclamados.

Por encima de la Ordenanza Reguladora de los Mercados Minoristas Municipales, está además del Pliego de Condiciones Técnicas del Contrato de Concesión, Expte. 12/14, el R.D. Legislativo 3/2011 Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, reformada por la Ley 9/2017 del 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, las cuales tanto en su anterior art. 122, como en el reformado art. 232. Clasificación de las Obras, define claramente los conceptos de obra de reforma/mejora, y obras de gran reparación-conservación-mantenimiento :

1. 3º. El concepto general de reforma abarca el conjunto de obras de ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo de un inmueble ya existente.

2. 4º. Se consideran como obras de reparación, las necesarias para enmendar un menoscabo producido en un bien inmueble por causas fortuítas o accidentales. cuando afecten fundamentalmente a la estructura resistente tendrán la calificación de gran reparación y, en caso contrario, reparación simple.

3. 5º. Si el menoscabo se produce en el tiempo por el natural uso del bien, las obras necesarias para su enmienda tendrán el carácter de conservación. las obras de mantenimiento tendrán el mismo carácter que las de conservación.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, los vicios constructivos ocultos, que existían con anterioridad, a la ejecución de las obras de reforma y mejora contratadas con la Concesionaria, reconocidos por el Jefe de Servicios de Mercados Municipales y Vía Pública, el 27 de julio de 2.016, fueron los que provocaron la paralización de las obras contratadas, hasta la realización de las obras de gran reparación- conservación-mantenimiento que las subsanaron, y que motivaron un retraso de 51 días, sobre el plazo de terminación de las obras contratadas, retraso que ocasionó el lucro cesante por paralización de actividades, y en consecuencia los daños patrimoniales objeto de reclamación, y que aún no han sido indemnizados.

Dichas obras de gran reparación-conservación- mantenimiento, son responsabilidad del excmo. ayuntamiento de Málaga, al ser conforme a los arts. 3, 4 y 5 de la Ordenanza Reguladora de los Mercados Municipales de Málaga, esta Administración Pública Local, la propietaria del inmueble del Mercado de La Merced, y conforme al art. 29.a) de la misma Ordenanza responsable contractual, al estar obligados a la realización de las obras de reparación y conservación necesarias para la conservación del edificio y de la actividad comercial en el mismo y sus zonas comunes, desarrollada por los concesionarios, por el pago de la tasa o canon destinado a tal finalidad.





Por lo tanto conforme al art. 34 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, existen daños producidos a mis representados, titulares de los puestos del mercado municipal de la merced, por lucro cesante producido en sus actividades comerciales, por el retraso ocasionado por la reparación de defectos y vicios ocultos de elementos constructivos del edificio, producidos por incumplimiento por el ayuntamiento de Málaga, de su deber de conservación y mantenimiento del edificio de propiedad municipal del mercado de la merced, en las condiciones de seguridad, salubridad y estabilidad constructiva necesarias, para su acceso público y para el ejercicio de las actividades comerciales, a las que su uso está destinado, daños patrimoniales de los que mis mandantes, no tienen el deber jurídico de soportar.

B.- De derecho material.

1ª. En cuanto a la responsabilidad del ayuntamiento de Málaga con respecto a los daños patrimoniales reclamados.

En este proceso la Administración (Ayuntamiento de Málaga) no niega la realidad de los hechos denunciados por los recurrentes. Dada la función revisora asignada a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, entendemos que el Juzgado debe examinar si la resolución administrativa impugnada (Expediente 38/2016) es conforme a derecho y concretamente si el Ayuntamiento de Málaga, carece de responsabilidad en los hechos denunciados por mis representados.

Por tanto únicamente se discute quien es responsable, de que los vicios ocultos constructivos, detectados en la estructura, vigas, saneamientos, evacuación de aguas residuales, instalaciones eléctricas, etc... durante la ejecución de las obras de reforma en el Mercado Municipal de La Merced, que motivaron la suspensión de las obras encargadas, hasta la reparación de los vicios ocultos, que comprometían la estabilidad y seguridad del edificio, causando un retraso en la finalización de las obras de reforma contratadas y consecuentemente en su reapertura a la actividad comercial, de 51 días con daños por lucro cesante para los titulares de los puestos/concesionarios, que venían realizando con anterioridad su actividad comercial.

Así pues, la principal discusión es si el Ayuntamiento de Málaga, como titular y propietario de pleno dominio, del Mercado Municipal de La Merced, tal y como establece en los arts. 3, 4 y 5 de la Ordenanza Reguladora de los Mercados Minoristas del Excmo. Ayuntamiento de Málaga (B.O.P. Málaga Na 39 del 26/02/2013).

Así en el art. 3. Conceptos de Mercado Municipal y Puesto: viene a decir claramente, *"1º. Mercado municipal es el inmueble donde se agrupan los establecimientos comerciales minoristas, dedicados fundamentalmente al comercio de alimentación, con la denominación de Puestos y Locales, así como sus servicios comunes. Dichos edificios tienen la consideración jurídica de bienes de dominio público, destinados al servicio público"*.

Y en su art. 4. Vigilancia y Control : *" El Ayuntamiento ejercerá permanentemente la fiscalización administrativa y sanitaria y de obras de construcción, así como el control de los Mercados Municipales, cualquiera que sea el régimen de su gestión. Reafirmando en el art. 5. Titularidad y organización de los Mercados.*

" 1º. Los Puestos y Locales de los Mercados Municipales, así como los elementos de uso común, son propiedad del Ayuntamiento, y por su condición de bienes de servicio público,



serán inalienables, inembargables e imprescriptibles”.

Adicionalmente, la misma Ordenanza se remite en su art.2. Régimen jurídico, a la Ley 7/1985, de 2 de abril Reguladora de las Bases de Régimen Local, la cual en su art. 25, Competencias. Viene a decir; “2. *El Municipio ejercerá en todo caso como competencias propia, en los términos de la legislación del estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias:i) Ferias, abastos, Mercados, lonjas y comercio ambulante.*”

El art.79. Bienes de las Entidades Locales (Ley 7/1985 Reguladora de la Bases de Régimen Local) , viene a reafirmar de nuevo que los bienes de las Entidades Locales son de dominio público o patrimoniales.

Por tanto, es el Ayuntamiento de Málaga, el responsable de que todos los elementos que se encuentren en los espacios de dominio público/ municipal, como el Mercado de la Merced, estén en las debidas condiciones de uso y mantenimiento, correspondiendo a este exclusivamente su conservación.

2ª. Relación de causalidad.

La resolución de fecha 30 de abril de 2.018. comunicada a mis mandantes, el 8 de mayo de 2.018, del Servicio de Gestión de Reclamaciones Patrimoniales del Ayuntamiento de Málaga, expediente 38/16, desestimaba la reclamación presentada, por mis 16 representados, por no haber quedado acreditada la relación de causalidad, entre el daño sufrido y una actuación o funcionamiento de un servicio de la Administración Municipal. Ahora bien, es el propio Ayuntamiento de Málaga, quien en el mismo Expediente 38/16, reconoce a través del Informe Técnico sobre el Retraso de las Obras en el Mercado de La Merced, del 27 de julio de 2.016 que :

- “2...*al descubrir los elementos constructivos, se observó que existían unos defectos estructurales que podían afectar gravemente a la estabilidad estructural del edificio, lo que obligaba inexcusablemente a su reparación...*”

- 3. “*Lacitada reparación-conservación-mantenimiento, obligó a paralizar las obras de reforma contratadas, en tanto se realizaros los cálculos y su posterior ejecución hasta el 3 de julio del 2.016...*”

- 4. “*El retraso sobre la fecha de terminación de 6 meses, fue de 51 días hábiles, por dichas causas...*”

- 5. “*El retraso indicado, no se debió a defectos del proyecto redactado por el Concesionario, dado que cuando se redactó el mismo el Mercado se encontraba ocupado y en uso, por lo que no se pudieron observar los defectos, hasta que previa demolición de los revestimientos, quedó la estructura original del edificio del Mercado a la vista*”.

- 6. “*El citado Informe Técnico del Jefe de Servicio de Mercados Municipales y Vía Pública del 27 de julio de 2.016, ratifica a su vez, el anterior Informe del Director Técnico de las Obras de Reforma del Mercado, el cual en su Considerando 2o, viene a decir...la estructura existente de hormigón armado, presentaba defectos por corrosión superficial de las armaduras en pilares y vigas, produciendo rotura y desprendimiento del revestimiento de hormigón, existiendo ya en algunas vigas y pilares, refuerzos estructurales metálicos de actuaciones y rehabilitaciones anteriores...*”

Por tanto, la existencia de esos refuerzos y actuaciones de rehabilitaciones anteriores, demuestra fehacientemente, que era conocido por el ayuntamiento que el edificio del mercado de la merced, tenía “ defectos estructurales y constructivos con anterioridad, que





fueron objeto de reparaciones y no eran ocultos ni desconocidos”, ni por tanto alegar, que fuesen imprevistos o de fuerza mayor, de los arts. 32 y 34 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, calificando a los daños reclamados, de falta de carácter antijurídico del daño alegado.

Tanto el art. 106.2 de la Constitución Española, como los arts. 32 y 34 de la Ley 40/2015 de R.J.A.P. y P.A.C., establecen el “derecho de los particulares, a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que los daños o lesión sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”...

Adicionalmente, los arts. 25.2.i) y 79 de la Ley 7/1985 Reguladora de las bases de Régimen Local: la competencia exclusiva del ayuntamiento en materia de...ferias, abastos, lonjas, mercados y comercio ambulante, siendo los bienes y edificios afectos a dichos servicios públicos, de dominio y titularidad municipal, correspondiendo a las entidades locales la responsabilidad de su seguridad, cuidado y adecuada conservación.

La responsabilidad del Ayuntamiento surge por la titularidad en el ejercicio de dichas competencias, que no se han ejercido adecuadamente, lo que ha supuesto un funcionamiento anormal de un servicio público de competencia municipal, comprensivo de un quehacer de la Administración demandada como acto de gestión pública, incluidas las omisiones, puramente materiales o de hecho, al no haber observado aquella en el tiempo, las medidas eficaces y suficientes en orden al control, conservación y mantenimiento de los elementos estructurales y constructivos del mercado municipal de la merced, a sabiendas de la existencia de defectos o vicios constructivos que según lo expuesto ya habían sido objeto de reparaciones y refuerzos anteriores, cuyo control e inspección no se repitieron continuando el deterioro de aquellos afectando a la seguridad y estabilidad del edificio del mercado, descubierto estos con motivo de las obras de reforma.

Por lo tanto esta ausencia de mantenimiento y conservación competencia exclusiva municipal, ha supuesto un funcionamiento anormal de un servicio público y desatado un resultado dañoso no justificado, mediando además relación de causalidad, entre el hecho imputado a la administración y los daños por retraso en la reapertura de la actividad comercial del mercado, por lucro cesante a los actores de la presente demanda.

La relación de causalidad, entre la actividad municipal, que se produce por la falta de la debida inspección, control y reparación, de los defectos estructurales y constructivos del edificio del mercado, siendo de competencia exclusiva municipal, por el mecanismo de la culpa in vigilando de los servicios municipales de mercados y vía pública, ocasionó que se continuasen deteriorando las vigas y estructura del edificio y demás elementos comunes, cuya urgente reparación produjo 51 días de retraso en la terminación de las obras de reforma contratadas para la rehabilitación del mercado y explotación de la zona comercial resultante retrasando la reapertura produciendo daños por lucro cesante por pérdida de ingresos, a los titulares de los puestos en el mismo existentes y ubicados con anterioridad, mis representados.

Abundante jurisprudencia, viene a ratificar en tal sentido, la Responsabilidad Municipal por Daños Patrimoniales, por funcionamiento anormal del servicio público de conservación y mantenimiento de los Edificios de los Mercados Municipales y la relación



de causalidad, entre el daño sufrido por el reclamante y la ausencia de la debida diligencia en el mantenimiento, seguridad y conservación de los mismos, por el mecanismo de la culpa in vigilando, tales como:

– *Sentencia del T.S.J. de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección 9a, de 8 de octubre de 2.013, no 1034/2013.*

– *Sentencia del T.S.J. de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección 9a, de 25 de abril de 2.008, no 672/2006.*

– *Sentencia del T.S.J. de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativa, Sección 9a, de 8 de septiembre de 2005(EDJ 2005/335561).*

El defectuoso y anormal funcionamiento, del Servicio Municipal de Mercados Municipales y Vía Pública, el cual tiene la competencia exclusiva del servicio de conservación, reparación y mantenimiento de los Mercados, tal y como establece toda la legislación mencionada, junto con la Ordenanza Reguladora de los Mercado Municipales Na 39, BOP Málaga del 26/02/2013, establece claramente en su art. 4 dicho servicio de control, reparación y conservación, servicio municipal, para cuya finalidad los titulares de los Puestos están obligados la Tasa o canon específicamente destinado al pago de dicho servicio de conservación, conforme al art. 29.a)

Constatado el funcionamiento anormal del servicio municipal de conservación , reparación y mantenimiento de los Mercados Municipales y sus elementos comunes, como se da en los hechos denunciados, siendo conocido por el Ayuntamiento de Málaga la existencia previa de defectos y vicios constructivos en el Mercado de La Merced, que según refleja el Informe Técnico acompañado al Expte. 38/16, ya habían sido objeto de reparaciones y refuerzos anteriores, causando la falta de control e inspección posterior de los mismos, su progresivo deterioro y reaparición durante la ejecución de las obras de reforma contratadas, que motivaron su inexcusable paralización hasta en tanto fuesen reparados los defectos que comprometía y afectaban gravemente, la seguridad y estabilidad del edificio, motivo del retraso en la finalización y reapertura del mercado, produciendo daños por lucro cesante por el plazo reclamado de 51 días en exceso de la fecha de terminación fijada en los Pliegos de contratación, relación de causalidad por culpa in vigilando, entre los daños reclamados y el funcionamiento anormal del servicio municipal.

Tampoco puede sostenerse, que exista fuerza mayor en la ocurrencia del daño, ni que los damnificados tengan el deber jurídico de soportarlos, el R.D. 429/1993 por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas, en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, establece el principio de responsabilidad por los daños causados por las mismas y por sus agentes en su funcionamiento tanto normal como anormal.(arts 32 a 37 Ley 40/2015 R.J.S.P.)

En consecuencia, esta representación no pretende desvirtuar en momento alguno los informes técnicos que obran en el Expediente Administrativo 38/16, como equivocadamente sostiene el Tribunal en su Sentencia, sino todo lo contrario, ya que es justamente dicho Informe Técnico del 26/07/2016 y anterior del Jefe de Servicios de Mercados Municipales y Vía Pública, folios 643 a 645, tal y como menciona la Sentencia en su página 10, los que certifican la existencia de defectos constructivos y vicios ocultos anteriores a las obras de reforma del mercado, defectos que no eran desconocidos para el





ayuntamiento, no pudiendo alegar, fuerza mayor o evento fortuito o imprevisible, ya que como dice el literal de dicho informe “ *Que finalizada la demolición de elementos constructivos el día 4 de mayo de 2.015, se pudo constatar que la estructura existente de hormigón armado presentaba defectos por corrosión superficial de las armaduras en pilares y vigas, produciendo rotura y desprendimiento del revestimiento de hormigón, existiendo ya en algunas vigas y pilares, refuerzos estructurales metálicos de actuaciones y rehabilitaciones anteriores*”. Por tanto dichos vicios o defectos constructivos no eran desconocidos para la administración municipal, ya que el propio informe técnico de la misma administración reconoce que ya se habían efectuado reparaciones y rehabilitaciones con anterioridad para subsanar dichas patologías y roturas en elementos de la estructura, que afectaban a la estabilidad del inmueble. mantenimiento y reparaciones que el ayuntamiento abandonó en lo sucesivo, pese a que estaba y está obligado a ello, tal y como se estipula en su propia normativa aplicable, Ordenanza reguladora de mercados minoristas de Málaga, B.O.P. de 26/02/2013, que en su art. 29. a), percibía y percibe un cánon específico de los titulares de los puestos, destinado a la conservación y mantenimiento del edificio y de los lugares de utilización común e instalaciones no sometidas a régimen de concesión, mediante la correspondiente tasa. hechos y documental ya aportados en el escrito de demanda y que nuevamente aportamos, para examen y consideración del la audiencia provincial en la segunda instancia solicitada.

Vicios y defectos constructivos anteriores a las obras, en las instalaciones y servicios comunes , tal y como menciona el informe técnico, folios 643 a 645 del expte. admvo, 36/18, “ *Que una vez finalizada la demolición, también se pudo observar las deficiencias en la red de saneamiento del edificio, existiendo acometidas a la red general cegadas o cerradas previamente, arquetas de paso sin acabar en sus paredes de cierre produciendo que las aguas negras se viertan directamente al terreno sobre el que se asienta el edificio. Y deficiencias en el trazado y el suministro de servicios como la electricidad, el agua, o las telecomunicaciones que debían ser resueltas conforme a la norma y para asegurar el buen funcionamiento de las instalaciones*”.

Por tanto ni siquiera la administración municipal, en manifiesta y negligente dejación de su responsabilidad, había proporcionado las instalaciones y suministros que conforme a la propia normativa reguladora de los mercados y las normas de seguridad e higiene, hacían no ya viable, sino insalubre e inseguro, el desarrollo de la actividad de venta de alimentos en los distintos puestos afectados por la paralización de las obras, sino para la propia empresa concesionaria de las obras de reforma y acondicionamiento del mercado para la explotación de la zona adjudicada como de actividad hostelera, quien fue la que se encargó de realizar tanto las obras de reforma adjudicadas, como las de reparación y mantenimiento de los defectos constructivos y vicios de construcción en las instalaciones y servicios comunes, que el Excmo. Ayuntamiento de Málaga, siendo consciente de la ausencia de reparación y mantenimiento de las instalaciones del mercado municipal de El Carmen no acometidas por la misma, pese a cobrar una tasa específica de los titulares de los puestos para tal fin, encomendó a la empresa concesionaria, tal y como consta y aportamos en el escrito de Demanda, como DOCUMENTOS 2 y 3.





En definitiva, se cumplen los cuatro requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, conforme recoge la Sentencia en su Fundamento de Derecho Segundo, según S.T.S. de 9 de marzo de 1.998, a saber:

A).- Existe un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, tal y como se expone y desglosa el lucro cesante objeto de reclamación patrimonial de los 13 demandantes, en el Quantum Indemnizatorio, página 19 de nuestro Escrito de Demanda.

B).- El daño es imputable a la administración municipal. El daño o lesión es consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos, siendo consecuencia directa en este supuesto del “no funcionamiento del servicio público” que en el caso en cuestión es la negligente ausencia de la obligación de conservación y mantenimiento del inmueble, instalaciones, servicios y suministros conforme a la O.R.Mercados Minoristas de Málaga de 26 de febrero de 2.013, produciéndose adicionalmente enriquecimiento injusto por la administración municipal al cobrar una tasa para tal finalidad, según el art.29.a) de la citada Ordenanza Reguladora de Mercados, sin que mis representados hayan percibido la contraprestación de servicios, por la que han venido pagando en el tiempo desde el inicio de su relación con la administración.

C).- El factor negativo, de no obedecer el daño patrimonial a fuerza mayor o caso fortuito, se cumple igualmente, al quedar probado por los hechos y documental aportados y que constan en autos, que el hecho era conocido y previsible por la administración, ya que como menciona el Informe Técnico ya se habían acometido en el pasado actuaciones y rehabilitaciones anteriores “..existiendo ya en algunas vigas y pilares refuerzos estructurales metálicos de actuaciones y rehabilitaciones anteriores”, por lo que en modo alguno puede alegarse causa extraña alguna al ámbito de funcionamiento del servicio público, más bien la “causa extraña” es el “no funcionamiento del servicio público” en este supuesto.

D).- El elemento procedimental, igualmente se cumple al haberse presentado la reclamación en tiempo y forma, conforme a los preceptos legales.

En prueba de todo lo anteriormente manifestado, aportamos nuevamente como documentales ya incorporadas en el escrito de Demanda:

- Copia de la Ordenanza Reguladora de los Mercados Minoristas de Málaga, B.O.P.A. 26/02/2013, art. 29.a), como DOCUMENTO 1.
- Copia del recibo de cobro de la Tasa por Prestación de Servicios de Mercados, Puesto no 7, 3o trimestre 2.020 por importe 289,10€, en los que se incluyen la Tasa de Conservación y Mantenimiento de elementos comunes e instalaciones y suministros, como DOCUMENTO 2.

- Disconformidad con el fundamento de derecho cuarto de la sentencia nº 49472020.

Conforme a los hechos y alegaciones vertidos en los motivos expuestos en el presente recurso, las costas y su cuantía fijada en la Sentencia deben ser impuestas a las partes demandadas en la primera instancia, al igual que las causadas en el presente incidente de alzada ante la instancia superior, conforme al art.85 de la Ley 29/1.998 R.J.C-A.





TERCERO.- El Ayuntamiento apelado opone:

- Con carácter previo, entendemos que procede la inadmisión del presente recurso de apelación por razón de la cuantía. Si bien, la cuantía del procedimiento se fijó en 87.100 €, lo cierto es que esta cantidad es el resultado de sumar las reclamaciones de cada uno de los recurrentes. Y así lo entendió el Consejo Consultivo Andaluz cuando inadmitió a trámite la solicitud del dictamen “...ya que la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial que individualmente solicita cada uno de los reclamantes, no supera el límite de 15.000 fijado en el mismo”.

Es doctrina reiterada, cuyo sobrado conocimiento exime su cita, que la apelación resulta inadmisibile al no alcanzarse, respecto de ninguno de los recurrentes, la *summa grvaminis* que establece la LJCA para poder apelar – 30.000 €, art. 81.1 a).

Y en este sentido, se ha pronunciado, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga, en la sentencia 2439/2017 de 1 de diciembre (rec. 1232/2015), al recordar que la cuantía es una cuestión orden público, (...)

- De manera subsidiaria, procede la desestimación del presente recurso de apelación por cuanto la parte actora se limita a reproducir literalmente su escrito de demanda. Así dice textualmente: “*Como mero recordatorio, transcribimos nuevamente el contenido literal de los hechos, documental y fundamentos de derecho del escrito de demanda, incorporado en autos, que ratifican lo anteriormente expuesto y contradicen lo dictado en Sentencia 49472000 en su Fundamento Tercero, así:...*”

No es que reitere los motivos de su demanda sino que el contenido de este recurso de apelación es exactamente el mismo que el de la primera instancia, siendo una evidente reiteración de lo alegado en la demanda, no añadiéndose ningún argumento nuevo que no hubiera podido ser tenido en cuenta por el Juzgador de Instancia, como analizaremos en la alegación siguiente.

De conformidad a la reiterada doctrina jurisprudencial sobre el recurso de apelación en la Jurisdicción contencioso-administrativa, podemos citar, por todas, la Sentencia n. 689/2017, de 24 de abril, de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA (Recurso de apelación 1293/2015), según la cual: (...)

Sobre esta cuestión, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2000 (RJ 2000, 264) destaca (...)

En efecto, el recurso de apelación no tiene como finalidad abrir un nuevo enjuiciamiento de la cuestión en las mismas condiciones que tuvo lugar en la primera instancia, sino depurar el resultado procesal obtenido en ella. El escrito del apelante ha de consistir en una crítica de la sentencia impugnada que sirva de fundamento a la pretensión de sustitución de sus pronunciamientos por otros distintos y no mera reiteración de lo ya alegado, como ocurre en el presente caso.

El hecho de que la parte apelante no estime ajustado a Derecho el estudio de las pretensiones deducidas en el proceso y la decisión sobre la cuestión planteada contenidos en la sentencia impugnada no autoriza a hacer caso omiso de ella y a obligar al Juez de apelación a un «novum iudicium», convirtiendo la apelación en una simple reiteración de la primera instancia.



- Pasando a analizar las alegaciones desarrolladas por el apelante, procedería la desestimación del presente recurso y, por tanto, la confirmación de la Sentencia recurrida, teniendo en consideración lo dispuesto en los Fundamentos de Derecho de la misma y lo alegado por esta parte en esa primera instancia, una prueba más de la simple reiteración a que se limita la parte recurrente.

La única crítica que realiza el recurrente es que el Juzgador de Instancia, a su juicio, no ha tenido en cuenta las pruebas, sin embargo del Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia, se constata lo contrario:

“Analizando en conciencia y conforme a las normas de la sana crítica la prueba practicada consistente en la documental que obra unida a los autos y, especialmente, el expediente administrativo, y teniendo en cuenta las normas sobre la carga de la prueba establecidas en el art. 217 LEC, no se puede olvidar tampoco que, debe existir un nexo causal adecuado, inmediato, exclusivo y directo entre la acción u omisión administrativo y el resultado lesivo...”

Concluyendo que *“Ninguna prueba se ha practicado que permita tener acreditada la existencia de ese nexo causal entre el daño y una actuación normal o anormal de la administración”*.

La posibilidad de enjuiciar la pretensión del recurrente en cuanto a la valoración de la prueba que realiza el Juez a quo es posible pero queda limitada a que se trate de que exista un error patente o una interpretación arbitraria de los hechos, sin que en este caso se den ninguno de estos supuestos; antes, al contrario, la conclusión del Juzgador de Instancia está suficientemente motivada y justificada en dicho Fundamento Jurídico.

Consideramos acertada la valoración de los elementos probatorios efectuada por el Juzgado a quo en la Sentencia impugnada puesto que, partiendo del hecho objetivo de que se ha producido un retraso en la ejecución de las obras de reforma del mercado de la Merced (no del mercado del Carmen como señala erróneamente en su escrito), y analizando los informes técnicos que obran en el expediente administrativo *“lo que se constata es más bien lo contrario, que la Administración, una vez detectados esos defectos constructivos, y aun cuando la reparación de los mismos no formaban parte del contrato de obras licitado, dispuso lo necesario en un plazo de tiempo más que razonable. Así el informe del Director de obras que consta al folio 643 a 645 EA se dice: “Que finalizada la demolición de elementos constructivos el día 4 de mayo de 2015, se pudo constatar que la estructura existente de hormigón armado presentaba defectos de corrosión superficial de las armaduras en pilares y vigas, produciendo rotura y desprendimiento del revestimiento de hormigón, existiendo ya en algunas vigas y pilares refuerzos estructurales metálicos de actuaciones y rehabilitaciones anteriores. Que dicha patología provocó la paralización de las obras, por imposibilidad de ejecutar normalmente las unidades principales de obra”*.

Analizando el otro informe que obra en el expediente administrativo, el informe técnico del Jefe del Servicio de Coordinación Técnico-administrativa de Mercados de fecha 27 de julio de 2016 que obra en los folios 651 a 653 del EA, el Juzgador de Instancia transcribe la conclusión *“la causa del retraso obedece a la existencia de defectos estructurales ocultos bajo los revestimientos, que no fueron detectados hasta la demolición de estos*





durante el desarrollo de las obras y que su origen es anterior a las obras de reforma del mercado”.

En base a todo ello, la Sentencia de Instancia concluye que *“De este modo, y en base a todo lo anteriormente expuesto, se considera, ante la falta de prueba en contrario, que la actuación de la Administración fue la correcta una vez conocidos los defectos constructivos procediendo a su reparación en un plazo de tiempo que se estima razonable, lo que impide apreciar que el funcionamiento de los servicios públicos sea causa de lo ocurrido, debiendo negarse por ello, como afirma la demandada la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños producidos, debiendo por tanto en consecuencia desestimarse el recursos interpuesto”.*

- El Ayuntamiento de Málaga, en la resolución impugnada, desestimó la reclamación al no existir relación causal entre el hecho reclamado y la actuación de esta Administración; así como por faltar el requisito necesario para que prospere una reclamación patrimonial, el carácter antijurídico del daño alegado. Y ello, por cuanto, el retraso en el plazo de ejecución de la obra de reforma llevada a cabo por el concesionario del mercado de la Merced, se debió a la aparición, tras la demolición, de defectos estructurales ocultos bajo los revestimientos. Estos defectos no pueden preverse y tampoco son conocidos por esta Administración, como apunta el recurrente, por el hecho de que haya habido reparaciones anteriores.

Una vez detectados, se llevaron a cabo las obras necesarias para solucionarlo y continuar con la ejecución proyectada. No siendo extraño al normal funcionamiento de cualquier obra, la aparición de imprevistos y situaciones que no se pueden prever con anterioridad. Todo ello unido, a que los recurrentes como concesionarios de unos puestos en un mercado municipal están sometidos a lo dispuesto en el art. 19 de la Ordenanza reguladora de los Mercados Minoristas del Excmo. Ayuntamiento de Málaga, donde se prevé la posibilidad del cierre temporal de los puestos cuando el Ayuntamiento tenga que realizar aquellas obras de mejora que considere oportunas en beneficio de la totalidad de los concesionarios, *“de manera temporal y nunca por más tiempo del que sea estrictamente necesario, sin que esta suspensión determine indemnización alguna a favor de los concesionarios afectados”.*

En este supuesto, ha resultado probado que se trató de una obra de mejora, en beneficio de la totalidad de los concesionarios, que fue temporal y por el tiempo que fue estrictamente necesario, por lo que la suspensión de la actividad no determina indemnización alguna, como está previsto expresamente en la ordenanza municipal.

CUARTO.- La Aseguradora apelada opone:

- Como cuestión previa procede la inadmisión del recurso interpuesto de contrario habida cuenta que tratándose de una acumulación subjetiva de acciones, una ejercitada por cada uno de los recurrentes individualizados, ninguna de las mismas supera la suma de 30.000 euros de forma individualizada tal y como establece el artº 81.1.a de la LJCA. En relación con ello traemos a colación la muy reciente sentencia del TSJ de Andalucía al que nos dirigimos, Sentencia nº 1653/20 de fecha 15/10/20 recaída en el Recurso de



Apelación nº 3541/19, a cuyo tenor: (...)

Procede en consecuencia la inadmisión del recurso interpuesto con la consiguiente confirmación de la sentencia dictada en primera instancia y ello con expresa imposición de costas a la contraria-recurrente.

- Como cuestión igualmente previa poner de manifiesto que de contrario, en el recurso de apelación interpuesto, se alegan hechos y fundamentos de derecho no alegados con anterioridad ni en vía administrativa (durante la tramitación de la reclamación patrimonial) ni tampoco en el recurso contencioso-administrativo en su día interpuesto.

En tal sentido se alegan ahora ex novo contenido de ordenanzas municipales no alegadas en momento alguno con anterioridad.

El pretender introducir ex novo via recurso de apelación tal supuesta cuestión no es admisible y, en consecuencia, ha de ser inadmitido y/o desestimado por resultar extemporáneos al no haberse alegado, como decimos, en aquél primigenio procedimiento en su primera instancia.

En relación con ello es de aplicación la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18/10/2007, STS 6436/2007, Nº de Recurso: 4433/2000, Nº de Resolución: 1092/2007, Ponente D.Juan Antonio Xiol Rios, a cuyo tenor: (...)

Nuestra propia Audiencia Provincial de Málaga, en reciente Sentencia de fecha 29/11/16, recaída en el Rollo de Apelación nº 763/14, sentencia nº 579, establece en su fundamento de derecho tercero lo siguiente: (...)

La contraria-recurrente incurre en desviación procesal al pretender alegar y argumentar de forma tardía, extemporánea y torticera unos extremos nuevos no alegados con anterioridad en momento alguno, por lo que tal pretensión y la pretendida declaración de nulidad de la sentencia dictada han de tenerse por no formuladas o, en su caso, por desestimadas.

- Hemos de reiterar en este punto no se ha dirigido la demanda-recurso frente a mi mandante la entidad aseguradora Zurich. De hecho, la personación realizada por esta parte no lo ha sido por emplazamiento realizado por el Juzgado al que nos dirigimos como parte demandada frente a la que se haya dirigido la demanda-recurso sino por el efectuado directamente por la Administración demandada-recurrente, ya que, según es de ver del escrito inicial de la parte recurrente anunciando la interposición de recurso contencioso-administrativo como, posteriormente, del escrito de recurso o demanda propiamente dicha, en ningún momento se dirige por la recurrente su reclamación frente a mi representada y, de hecho, ni tan siquiera en el suplico de su demanda/recurso solicita en forma alguna la condena de mi representada.

En ese sentido señalar, en base al Principio de Justicia Rogada, recogido en el artículo 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de aplicación supletoria conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la referida Ley Ritual, el órgano jurisdiccional queda obligado, conforme al Principio de Congruencia, a enjuiciar dentro de los límites objetivos y subjetivos marcados por las pretensiones de las Partes, o la proclamación del Derecho fundamental de los ciudadanos a obtener una Resolución judicial basada en derecho, que la doctrina del Tribunal Constitucional ha ubicado en el también Derecho fundamental a la Tutela





Judicial Efectiva del Artículo 24.1 CE, por lo que en ningún caso cabría condenar a mi representada Zurich a resultados de este procedimiento.

En relación a lo anterior, nos remitimos a la Sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid), sala de lo Contencioso-administrativo, sec.1ª. de fecha 22.09.06 (EDJ 2006/286664), que establece (...)

En consecuencia, no siendo esta parte demandada por la parte recurrente, en la Sentencia que en su día se dicte no podrá establecerse ningún pronunciamiento condenatorio para Zurich, lo cual no obsta a que dicha parte recurrente haya de ser condenada al abono de las costas que se causen por la defensa de esta parte, habida cuenta que mi representada, aún habiendo sido emplazada por el Ayto de Málaga, lo ha sido como parte interesada en el procedimiento que es instado por dicha parte contraria- recurrente.

Sobre dicha cuestión en materia de imposición de costas a la parte contraria-recurrente de las causadas a esta parte conforme a lo dispuesto en el artº 139 de la LRJCA destacamos el Decreto nº 406/15 dictado por el Juzgado de Lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Málaga en Cuestión Incidental de Tasación de Costas seguido bajo autos nº 294.3/12 de fecha 29/9/15 a cuyo tenor, establece la procedencia de la condena en costas de un emplazado no demandado conforme a lo siguiente: (...)

De igual forma traemos a colación el muy reciente Decreto dictado por el Juzgado de Lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Málaga de fecha 3/9/2018 dictado en autos de Procedimiento Abreviado nº 659/15 en cuyo Fundamento de Derecho Segundo y en relación con la impugnación por indebida de la minuta del Letrado de la defensa de la aseguradora de dicho procedimiento, establece y resuelve lo siguiente: (...)

En definitiva, procede la expresa imposición de costas a la recurrente con expresa inclusión en dicha condena de las causadas a esta parte.

.- Como igualmente poníamos de manifiesto en nuestro escrito inicial de contestación al recurso contrario el motivo de la reclamación que se formula de contrario no está amparado/cubierto por la póliza de seguros contratada con mi representada, por lo que en cualquier caso habrá de dictarse igualmente sentencia por la que se absuelva a mi representada de la instancia con igual pronunciamiento en costas a cargo de la parte actora-recurrente.

En cualquier caso, incluso en el supuesto que se considerara la existencia de responsabilidad imputable a la Administración Municipal demandada, el siniestro acaecido y las circunstancias del mismo suponen la no cobertura del siniestro en cuestión con cargo a la póliza de seguros contratada con mi representada (la cual acompañábamos a nuestra contestación como documento nº 2) ya que, conforme a lo establecido en el apartado "J" de dicho condicionado (páginas 16 y siguientes) no estarían cubiertos los siguientes supuestos:

-Actos administrativos normativos, tanto generales como singulares.

Es evidente que para la toma de decisión de realización de la obra en la vía ha de dictarse por la administración, como así se hizo, un acto normativo, una resolución administrativa de la que trae causa la realización de la citada obra y su posterior ampliación, por lo que tal acto y las consecuencias del mismo no están cubiertos por la póliza.





-La responsabilidad directa de empresas (no incluidas expresamente como Asegurados) encargadas mediante contrato o concesión del mantenimiento, conservación o reparación de inmuebles e instalaciones municipales o de la explotación directa de bienes o servicios municipales o municipalizados (gestión de basuras, gestión de aguas, vertederos, puestos en mercados, almacenes generales, establecimientos similares).

En relación con ello son de aplicación los artículos 1 y 2 de la Ley de Contrato de Seguro que establece que el asegurador responderá dentro de los límites pactados en la póliza y en el contrato de seguro.

En interpretación de dichos preceptos (arts 1 y 2 LCS) es de aplicación la Sentencia TS 2.ª S 10 May. 1988.-Ponente: Sr. Soto Nieto) Archivo LA LEY, 1988, 2-1667, según la cual, "La relación de seguro y la potestad que engendra la acción directa tienen su fundamento y su límite en el contrato mismo, cuyo contenido, si de una parte es fuente del derecho del asegurado y del tercero frente al asegurador, de otra permite a éste hacer valer ante ambos aquel contenido limitador que emane del propio contrato".

Más clara aún resulta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona Secc. 13.ª S 6 Feb. 1991.- Ponente: Sra. Carriedo Mompín) La Ley, 1991-2, 406, a cuyo tenor: (...)

- Entrando ya al fondo del recurso interpuesto de contrario nos oponemos al mismo y solicitamos su íntegra desestimación.

A modo de resumen, el recurso interpuesto de contrario se pretende reclamación de indemnización por la paralización de la actividad en el Mercado del Carmen de Málaga a consecuencia de las labores de reparación y mejora de las instalaciones del mismo y, más concretamente, por un periodo adicional de paralización al inicialmente previsto, motivado dicho periodo adicional por la aparición de defectos y deficiencias que se encontraban ocultos al momento de planear la obra inicial.

Hemos de partir de la base que cualquier ciudadano, vecino o empresa ha de soportar las incomodidades de las obras públicas que, en beneficio de la localidad y de aquéllos, han de acometerse en los bienes públicos (calles, viales, aceras, parques, jardines, arboleda) por lo que existe obligación de soportar tales molestias y, además, el pretendido daño no puede considerarse antijurídico ya que, como ha tenido ocasión de establecer reiteradamente la Jurisprudencia, de la que, especialmente, traemos a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23/3/09 (Recurso nº 10236/04) a tenor de la cual: (...)

Sentado lo anterior nos oponemos nuevamente a los extremos alegados en la demanda-recurso por resultar inciertos en los términos en que son expuestos de contrario.

Consta en el Expediente Administrativo (en lo sucesivo EA) que se había previsto una duración inicial para la realización de las obras en cuestión y que dicho periodo inicial fue debidamente comunicado y notificado a los ahora recurrentes.

Obviamente a nadie escapara que dicho plazo de ejecución estará sujeto en todo caso a la posibilidad de aparición de imprevistos que, como aconteció en el presente caso, motivó que se prolongara la realización de las obras por el plazo adicional estrictamente necesario para el acometimiento de las mismas y de los desperfectos que se encontraban ocultos y, por tanto, desconocidos para todas las partes, por lo que, en definitiva, nos encontramos con que tal periodo adicional ha sido motivado por causas ajenas al propio





proyecto y a todas las previsiones posibles.

Es obvio que, aún cuando se establezca inicialmente un periodo de ejecución de la obra de rehabilitación y aún cuando existe una previsión y deseo de inicio y de duración técnica y teórica de la obra, no puede darse seguridad absoluta en cuanto a la finalización de la misma.

El retraso en la finalización de las obras fue debido a circunstancias totalmente extraordinarias e imprevistas como fueron la aparición de defectos ocultos y absolutamente desconocidos e imprevisibles que, obviamente, requerían el acometimiento de las labores necesarias para la reparación de los mismos.

En tal sentido consta en el EA informe emitido por Técnico competente (informe que también se ha unido al procedimiento por Diligencia de Ordenación de fecha 28/11/19, notificada a las partes en fecha 2/12/19) en el que se establece lo siguiente (copiamos y pegamos el contenido del citado informe):

En el citado informe/documento se indica claramente que con motivo de las obras inicialmente realizadas se descubren, por encontrarse cubiertos, defectos estructurales que podían afectar gravemente la estabilidad estructural del edificio, lo que obligaba inexcusablemente a su reparación.

La aparición de tales defectos constructivos ocultos obligó a la paralización y retraso de la normal marcha de las obras inicialmente proyectadas ya que, en atención de la gravedad e importancia de tales defectos, fue necesaria la realización de determinados cálculos constructivos y arquitectónicos para su reparación, subsanación y estabilización para reforzar los mismos y la propia estructura de la edificación.

Ante tal situación ¿qué se pretende por la recurrente? ¿Dejar de reparar tales daños ocultos? ¿Silenciar y ocultar su existencia de suerte que pudiera producirse un colapso de la edificación? No alcanzamos a comprender la actitud de la recurrente y menos aún su pretensión. Podemos comprender que hayan sufrido un perjuicio por la paralización de sus negocios pero ello en ningún momento es imputable a la administración demandada o, en términos jurídicos, no se acredita la existencia de ningún tipo de nexo o relación causal entre la resolución dictada por la Administración Pública acordando la realización de tales obras de reparación y mejora y la reparación de los defectos ocultos aparecidos y evidenciados tras el inicio de las obras iniciales de reparación y el pretendido daño que se reclama.

- En relación con lo anterior resultaría de aplicación lo dispuesto en el artº 19 de la Ordenanza Municipal reguladora de los mercados minoristas del Excmo. Ayuntamiento de Málaga (la cual acompañamos a nuestro escrito de contestación como documento nº 1) establece en su artículo 19 lo siguiente:

Artículo 19. Obras en los mercados.

1. El Ayuntamiento podrá realizar aquellas obras de mejora que considere oportunas en beneficio de la totalidad de los concesionarios, pudiendo suspender para ello el ejercicio de la actividad de algunas concesiones de manera temporal y nunca por más tiempo del que sea estrictamente necesario, sin que esa suspensión determine indemnización alguna a favor de los concesionarios afectados.

La parte recurrente se limita a poner de manifiesto la existencia de una obra pero no





acredita de forma alguna que el tiempo adicional requerido por la aparición de los defectos ocultos y estructurales y su reparación haya sido superior al concepto o lapso temporal "estrictamente necesario" al que se refiere la norma citada. En cualquier caso dicha norma indica claramente que la realización de tales obras no podrá determinar indemnización alguna a favor de los concesionarios de los puestos afectados.

La parte recurrente hace igualmente referencia en su recurso a la reubicación de los puestos o los concesionarios, extremo que no es de aplicación ya que, conforme a los apartados 2 y 3 del citado artº 19 de la Ordenanza, tal reubicación tan solo es legalmente posible y reclamable en los supuestos tasados en la misma, es decir, en los casos de eliminación de puestos (supuesto que no concurre) o reducción de la superficie del mercado y/o de los puestos (supuesto que tampoco concurre).

- En definitiva, la contraria recurrente no pretende otra cosa que superponer su criterio subjetivo, personal e interesado sobre el objetivo e imparcial del Juzgador o, en definitiva, se pretende defender una pretendida e inexistente errónea valoración de la prueba.

El Juzgador a quo, en la Sentencia dictada, lleva a cabo una pormenorizada y detallada valoración de la prueba realizada y practicada en el procedimiento (poca porque poco, más bien nada, ha probado el recurrente). Los razonamientos realizados en dicha resolución son totalmente lógicos, coherentes, razonables y razonados conforme a las reglas de la sana crítica (artº 376 de la LEC en cuanto a la valoración de las pruebas testificales practicadas, artº 348 de la LEC en cuanto a la valoración de las pruebas periciales, 326 de la LEC en cuanto a la fuerza probatoria de los documentos y, finalmente, artículo 218.2 de la LEC en cuanto a la motivación y razonamiento de las Sentencias junto con la apreciación y valoración de la prueba según los preceptos anteriores).

Siendo la referida supuesta errónea valoración de la prueba el motivo del recurso contrario hemos de traer a colación, entre otras, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3ª, stc. nº 186/12 recaída en el Recurso de Apelación nº 115/12 (Id Cendoj: 06083370032012100222): (...)

De igual forma, en cuanto a valoración de la prueba, es de aplicación la Sentencia nº 133 de fecha 15 de Marzo del año 2.012, dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Málaga, recaída en el Rollo de Apelación nº 119/11, en cuyo Fundamento de Derecho Tercero expresa lo siguiente: (...)

- Igualmente resulta de aplicación la muy reciente Sentencia dictada por el TSJ de Málaga de fecha 31/10/2017 y dictada en el Recurso de apelación nº 1269/15, Sentencia nº 2110/17, a cuyo tenor: (...)

Más explícita aún y clarificadora resulta la sentencia nº 429/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sala de lo contencioso-administrativo de Málaga en el recurso de apelación nº 275/16 de fecha dieciséis de marzo de dos mil diecisiete, a cuyo tenor: (...)

En similares términos se decanta y resuelve igualmente el TSJ de Málaga en Sentencia de fecha treinta de octubre de dos mil diecisiete recaída en el Recurso de Apelación nº 1269/15, Sentencia nº 2110/17, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo se establece y declara lo siguiente: (...)





En definitiva, la valoración de la prueba ha sido correcta y conforme a las normas de la sana crítica, careciendo por tanto de fundamentación el motivo de recurso alegado de contrario que, en consecuencia, ha de ser desestimado.

- Subsidiariamente a los anteriores motivos y de forma cautelar se opone esta parte, ante una eventual estimación del recurso, a la imposición de intereses del artº 20 LCS por existir causa justificada y no haber tenido conocimiento mi representada del siniestro hasta el momento de ser emplazada a los presentes autos.

La más actual Jurisprudencia, de la que es exponente la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30/3/2015 recaída en el Recurso de Casación nº 1443/2010, Sentencia nº 194/2015, Ponente D.Francisco Marín Castán establece, en su fundamentación jurídica, lo siguiente: (...)

En definitiva, la valoración de la prueba ha sido correcta y conforme a las normas de la sana crítica, careciendo por tanto de fundamentación el motivo de recurso alegado de contrario que, en consecuencia, ha de ser desestimado.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14/7/2008, Recurso de Casación nº 3349/2001, Sentencia nº 678/2008 establece en su Fundamento de Derecho Tercero lo siguiente: (...)

Y, seguidamente, en su Fundamento de Derecho Cuarto nos indica los criterios a aplicar para determinar la existencia o no de causa justificada para la exoneración en el abono de intereses moratorios, indicándose lo siguiente: (...)

Es decir, si el objeto del procedimiento es la existencia o no del siniestro, la determinación de existencia o no de responsabilidad de la parte demandada y/o de su aseguradora así como el alcance de las lesiones, su cuantificación económica la expresada resolución del Tribunal Supremo las considera como causa justificadas ante las que es de aplicación el apartado 8 del artº 20 de la LCS con la consecuencia de no haber lugar a la imposición de intereses moratorios.

- El segundo motivo de oposición a la pretendida condena al abono de intereses del artº 20 LCS viene dado por la doctrina establecida por

la Jurisprudencia del TS en materia de reclamación patrimonial en la que es precisa la previa decisión y resolución de la Administración que contrata dicho seguro de responsabilidad patrimonial ya que, entre tanto no exista resolución expresa de dicha administración estimando la reclamación patrimonial, la aseguradora no viene obligada al abono de indemnización alguna.

En tal sentido referimos la Sentencia del Tribunal Supremo en la STS, 3ª, 19.9.2006 en la que se viene a establecer que la responsabilidad patrimonial de la Administración necesita un reconocimiento administrativo o judicial, por lo que no puede entenderse que ha habido una demora de la aseguradora.

Y, más recientemente, la Sentencia del TS Sala de lo Contencioso de fecha 4/7/12, Recurso nº 2724/11 (Id Cendoj: 28079130042012100529) (...)

Igualmente hay un buen número de Sentencias que establecen que el incremento indemnizatorio del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro no se produce cuando la determinación de la causa legal haya de establecerse por el órgano judicial o cuando no





está fijado el quantum indemnizatorio: STS, 1ª, 29.10.1990; STS, 1ª, 30.10.1990; STS, 1ª, 24.10.1991; STS, 1ª, 31.10.1991; STS, 1ª, 11.11.1991; STS, 1ª, 5.12.1991; STS, 1ª, 21.12.1991; STS, 1ª, 31.1.1992; STS, 1ª, 2.2.1993; STS, 1ª, 15.5.1993; STS, 1ª, 3.12.1994; STS, 1ª, 26.7.1994; STS, 1ª, 28.1.1995; STS, 1ª, 6.2.1995; STS, 1ª, 11.4.1995; STS, 1ª, 10.10.1996; STS, 1ª, 4.11.1996; STS, 1ª, 8.11.1996; STS, 1ª, 3.6.1997; STS, 1ª, 19.6.1997; STS, 1ª, 15.6.1997; STS, 1ª, 3.11.1997; STS, 1ª, 10.11.1997; STS, 1ª, 13.6.1998; STS, 1ª, 12.9.1998. El principio "in illiquidis non fit mora" se encuentra bien expuesto en la STS, 1ª, 12.5.2003 que aplica dicho principio, en relación con los arts. 1100 y 1108 del Código Civil. Esta Sentencia afirma, en su FJ 1, que "si bien es cierto que la más moderna jurisprudencia de esta Sala ha superado la tradicional concepción de la regla «in illiquidis non fit mora» por razones de equilibrio económico y de justicia distributiva, tal jurisprudencia no es aplicable en aquellos casos en que se trata de fijar el «quantum» indemnizatorio, en que la liquidación del daño producido solo se produce con la sentencia condenatoria".

En similares términos se decanta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso Sede: Murcia Sección: 1 Fecha: 31/01/2020 N° de Recurso: 260/2019 N° de Resolución: 38/2020 (Id Cendoj: 30030330012020100012) a cuyo tenor: (...)

En definitiva, habrá de atenderse y valorarse el canon del carácter razonable de la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del diez a quo [día inicial] del devengo y, en el presente supuesto, está más que justificado y razonable el hecho de no pago ni consignación de la aseguradora ni de la Administración demandada habida cuenta que lo único que ha acreditado el recurrente son unas lesiones (con cuya realidad, valoración y cuantificación económica también existe discrepancia) pero no acredita de forma alguna ni el cómo ni por qué respecto a la causación de las mismas y menos aún que resulten imputables a la Administración.

QUINTO.- La sentencia impugnada, tras resumir las pretensiones y alegaciones de las partes, así como la doctrina que estima aplicable sobre la responsabilidad de la Administración, contiene la siguiente fundamentación:

"TERCERO.- En el supuesto que ahora nos ocupa, las partes no discuten que se iniciaron unas obras en el Mercado de la Merced de Málaga, previa tramitación del correspondiente procedimiento para su adjudicación, siendo que en los pliegos de las condiciones se establecía que el plazo de duración de las obras sería de 6 meses.

Tampoco ha sido hecho controvertido que se produjo un retraso en las obras de 51 días según la demanda y 50 según la contestación, por cuanto una vez iniciadas las obras se detectaron una serie de defectos constructivos que eran necesarios corregir, provocando ello que durante ese tiempo, además de los seis meses proyectados inicialmente para las obras, los recurrentes no pudieran explotar los puestos cuya licitación les fuera en día atribuida en dicho mercado. Ese es precisamente el daño que se reclama, el lucro cesante derivado de esos 51 días (50 según la contestación) en que debieron permanecer cerrados los puestos del mercado que los recurrentes regentan. Y el principal hecho controvertido es la existencia o no de la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños producidos.





Analizando en conciencia y conforme a las normas de la sana crítica la prueba practicada consistente en la documental que obra unida a los autos y, especialmente, el expediente administrativo, y teniendo en cuenta las normas sobre la carga de la prueba establecidas en el art. 217 LEC, no se puede olvidar tampoco que, debe existir un nexo causal adecuado, inmediato, exclusivo y directo entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo, relación causal que cabe concretar en los presentes supuestos del siguiente modo: durante la ejecución de unas obras de reforma y acondicionamiento del Mercado de la Merced de la Málaga que se iniciaron el 16 de marzo de 2015 y debían finalizar el 15 de septiembre del mismo año, por hacerse fijado su duración en el plazo de 6 meses, el día 4 de mayo de 2015, durante la ejecución de dichas obras, se pudo constatar que la estructura padecía una serie de defectos constructivos que hacía necesario la ejecución de otras obras distintas de las proyectadas, y con independencia de estas, para arreglar dichos defectos y continuar las obras iniciadas de reforma y acondicionamiento, provocando ello que la puesta en funcionamiento del mercado no se produjese hasta el 5 de noviembre.

Ninguna prueba se ha practicado que permita tener acreditada la existencia de ese nexo causal entre el daño y una actuación normal o anormal de la administración. En primer lugar porque ni siquiera el propio recurrente es capaz de determinar de forma concreta cual ha sido esa actuación (normal o anormal), sino que simplemente se limita a afirmar la existencia de la responsabilidad patrimonial con fundamento en el retraso en la finalización de las obras, como si la causa de dicho retraso y la actuación de la administración ante la detección de vicios de la construcción careciera de toda relevancia.

No puede olvidarse el carácter revisorio de esta jurisdicción respecto de los actos de las Administraciones públicas, y lo cierto es que la recurrente no aporta ningún principio de prueba objetivo que desvirtúe los informes técnicos que obran en el expediente administrativo y que establezca la causa imputable al funcionamiento normal o anormal de la administración que causó el daño reclamado, más allá, se reitera, del retraso en la finalización de las obras.

Es más, del expediente lo que se constata es más bien lo contrario, que la Administración, una vez detectados esos defectos constructivos, y aun cuando la reparación de los mismos no formaban parte del contrato de obras licitado, dispuso lo necesario en un plazo de tiempo más que razonable. Así, en el informe del Director de obras que consta al folio 643 a 645 EA se dice "Que finalizada la demolición de elementos constructivos el día 4 de mayo de 2015, se pudo constatar que la estructura existente de hormigón armado presentaba defectos por corrosión superficial de las armaduras en pilares y vigas, produciendo rotura y desprendimiento del revestimiento de hormigón, existiendo ya en algunas vigas y pilares refuerzos estructurales metálicos de actuaciones y rehabilitaciones anteriores.

Que dicha patología provocó la paralización de las obras, por imposibilidad de ejecutar normalmente las unidades principales de obra.

Que una vez finalizada la demolición, también se pudo observar las deficiencias en la red de saneamiento del edificio, existiendo acometidas a la red general cegadas o cerradas previamente, arquetas de paso sin acabar en sus paredes de cierre produciendo que las



aguas negras se viertan directamente al terreno sobre el que se asienta el edificio. Y deficiencias en el trazado y el suministro de servicios como la electricidad, el agua, o las telecomunicaciones que debían ser resueltas conforme a la norma y para asegurar el buen funcionamiento de las instalaciones”.....igualmente, en el mismo informe se refleja la reducción de horario laboral con motivo del Festival de Cine de Málaga así como con motivo de la Semana Santa concluyendo el mismo que “Por ello estimo justificado el retraso de la obra de reforma del Mercado de La Merced de 50 días, por causas no imputables a la concesionaria, dado que ha sido como consecuencia de los “vicios ocultos” por defectos existentes con anterioridad a la ejecución del contrato de concesión de obra pública”.

Por otro lado, en el informe técnico que obra a los folios 650 a 652 EA dice también en sus conclusiones que “La causa del retraso obedece a la existencia de defectos estructurales ocultos bajo los revestimientos, que no fueron detectados hasta la demolición de estos durante el desarrollo de las obras y que su origen es anterior a las obras de reforma del mercado”.

De este modo, y en base a todo lo anteriormente expuesto, se considera, ante la falta de prueba en contrario, que la actuación de la Administración fue la correcta una vez conocidos los defectos constructivos procediendo a su reparación en un plazo de tiempo que se estima razonable, lo que impide apreciar que el funcionamiento de los servicios públicos sea causa de lo ocurrido, debiendo negarse por ello, como afirma la demandada la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños producidos, debiendo por tanto en consecuencia desestimarse el recurso interpuesto....”.

SEXTO.-En el suplico de la demanda es pedido la condena al Ayuntamiento al pago a los actores de *“las cuantías reclamadas que individualmente se desglosan, en el detalle del cuerpo de este escrito, correspondiente a la cuantía indemnizatoria, sumando una cuantía total de ochenta y siete mil cien euros (87.100 €), mas la cantidad de veintiseis mil ciento treinta euros (26.130 €) fijada para intereses legales”*

En el cuerpo de la demanda se dice que según la relación adjunta de los 16 demandantes, y detalle de la cuantía individualizada del daños por lucro cesante sufrido, siendo la mayor de todas de 9.704,32 euros reclamada por [REDACTED]

Con la expuesta premisa fáctica carácter previo, y en su caso excluyente del fondo de la Litis, debe solventarse esta cuestión de orden público procesal en cuanto afecta a la posibilidad de doble instancia frente a la sentencia apelada.

La jurisprudencia tiene declarado reiteradamente que la fijación de cuantía puede ser efectuada en cualquier momento, incluso de oficio, por el órgano jurisdiccional, ya que se trata de una materia de orden público procesal dado el carácter improrrogable de la competencia que establece el art. 5 de la Ley 29/1998, por lo que es irrelevante que se haya tenido por preparado el recurso en la instancia, que se haya ofrecido el recurso al notificarse la resolución impugnada o que haya sido admitido anteriormente y se advierta la carencia de cuantía al momento de dictarse el fallo en el que ha de apreciarse, incluso, de oficio. Así, entre muchas, la STS de 3 octubre 2010, Recurso: 48/2002, y últimamente





las SSTs del 11 de abril de 2018, Recurso: 205/2017, del 26 de febrero de 2015, Recurso: 3609/2013, o del 18 de diciembre de 2014, Recurso: 1498/2013.

El recurso de apelación está limitado por razón de la cuantía a 30.000 €, como resulta de lo establecido en el art. 81.1.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio-, en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, aplicable dada la fecha de dictado de la sentencia impugnada.

El establecimiento de una "*summa gravaminis*" para el acceso a la apelación, igual que a la casación tiene su fundamento en el designio del legislador de agilizar la actuación jurisdiccional en todos los órdenes para procurar que la justicia se imparta de la forma más rápida y eficaz posible, de acuerdo con las exigencias del art. 24 de la Constitución. No vincula a esta Sala, conforme lo antes apuntado, la cuantía fijada por la Sala de instancia (ex artículo 93.2.a) LRJCA) y tampoco se produce lesión al principio de tutela judicial efectiva por la inadmisión del presente recurso, pues debemos recordar que, sobre el acceso a los recursos, existe una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que, reiterada en su Sentencia nº 252/2004, de 20 de diciembre , puede resumirse en lo siguiente: "... como hemos sintetizado en la STC 71/2002, de 8 de abril , "*mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del art. 24.1 CE , el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995 , 'ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985 , 37/1988 y 106/1988)'*. En fin, '*no puede encontrarse en la Constitución -hemos dicho en el mismo lugar- ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983)' (STC 37/1995 , FJ 5). Como consecuencia de lo anterior, 'el principio hermenéutico pro actione no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión' que 'es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos' (SSTC 37/1995 , 58/1995 , 138/1995 y 149/1995).*

Conforme al art. 41 de la Ley 29/1998 la cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo, y cuando existan varios demandantes, se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos.

Por tanto, como la suma total reclamada por todos los recurrentes es 87.100 € mas la cantidad de 26.130 €) fijada para intereses legales, pero como al detallarse de la cuantía individualizada del daños por lucro cesante sufrido, la mayor de todas es de 9.704,32





euros reclamada por [REDACTED] no se alcanza el umbral de 30.000 euros exigidos para que sea posible la apelación.

SÉPTIMO.- La inadmisión del recurso de apelación determina que no proceda la imposición de costas al solventarse una cuestión de orden público procesal apreciable en cualquier momento de oficio y al haber informado el “pie de recurso” de la sentencia de la posibilidad de apelación (art. 139.2 Ley 29/98).

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

PRIMERO.- Inadmitir el presente recurso de apelación promovido en nombre de don

[REDACTED] contra la sentencia nº 494/2020, de 16 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº SIETE de MÁLAGA, al PO 439/2018.

SEGUNDO.- Sin imponer el pago de las costas esta segunda instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer, en su caso, recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo si pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo impugnado o ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con la composición que determina el art. 86.3 de la Ley Jurisdiccional si el recurso se fundare en infracción de normas de derecho autonómico; recurso que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de treinta días contados desde el siguiente a la notificación de la presente sentencia mediante escrito que reúna los requisitos expresados en el art. 89.2 del mismo Cuerpo Legal.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de procedencia, para su ejecución.





Lo mandó la Sala y firman los Magistrados/a Ilmos/a. Sres/a. al encabezamiento reseñados.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.



